

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

JANAIRA LOPES MOURA

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

Cacoal – RO
2016

JANAIRA LOPES MOURA

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor Especialista Antonio Paulo dos Santos Filho.

Cacoal – RO

2016

Moura, Janaira Lopes.

M929e A execução provisória da sentença penal condenatória em face do princípio da presunção de inocência/ Janaira Lopes Moura – Cacoal/RO: UNIR, 2016.
48 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. Esp. Antônio Paulo dos Santos Filho.

1. Processo penal. 2. Presunção de inocência. 3. Direitos humanos. 4. Sistema penal. I. Santos Filho, Antônio Paulo. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 343

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Por

JANAIRA LOPES MOURA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – Campus Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor Especialista Antonio Paulo dos Santos Filho – UNIR – Presidente

Professora Especialista Camila Fonseca Queiroz Bisconsin – UNIR – Membro

Professora Mestre Ozana Rodrigues Boritza – UNIR – Membro

Conceito: **92**

Cacoal, 08 de dezembro de 2016.

À minha mãe, meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Não poderia começar sem agradecer a Deus por minha vida, por minha saúde e por todas as bênçãos que me foram concedidas. Em segundo, agradeço à minha mãe, Ivanilda Lopes, mesmo sabendo que nenhuma palavra seria suficiente para demonstrar a gratidão que carrego comigo. Minha mãe, além de me dar a vida, me deu asas. Me ensinou a ser forte, a sonhar e perseguir meus sonhos e me fez acreditar que, com esforço e dedicação, eu posso alcançar qualquer coisa nesse mundo; e ao meu pai, Joabis de Souza Moura, que mesmo não sabendo, me transmitiu o amor às ciências penais e não mediu esforços para me auxiliar nessa caminhada e se orgulha de cada vitória, saiba que o senhor sempre foi minha inspiração. Sem eles, eu nada seria.

Os agradecimentos se estendem a todos da minha família, minha madrastra Marta Marques, meus padrinhos Gerson Luiz Maffi e Maria Lopes, meus muitos tios e primos, que entenderam minhas ausências e minhas angustias e mesmo distantes, nunca deixaram de se fazer presente da minha vida e torceram para que tudo desse certo.

À Gessica Lopes Maffi, minha confidente, mãe do meu afilhado Luigi, meu maior presente, agradeço por colocar suas próprias preocupações de lado e perguntar sobre as minhas.

Aos meus amigos da turma, Itamar da Silva Pereira e Wilson Pereira da Rocha Neto que foram meus companheiros diários durante cinco anos e me ajudaram a enfrentar todos os problemas da graduação com um grande sorriso no rosto.

Aos meus outros colegas, também não posso ser omissa: Augusto da Silva Leme, Meuri Adriana de Andrade, Carla Caroline Pires Chagas, Heloísa Mendes Rocha, Gislene de Laparte Neves, Fernanda Mubarak de Almeida, Mônica de Oliveira Gasparini, Raíssa Karine Souza, Juliano de Freitas Moreira e entre tantos outros, que foram parte da concretização dessa história.

À Sônia Fátima Kojo e toda sua família, que me adotou e foi uma mãe e grande amiga nos momentos que mais precisei. Suas palavras, seus conselhos e sua luz me fizeram crescer e enxergar a vida de uma forma diferente.

Aos amigos que fiz nessa trajetória: Bruna Angélica Borges, Wliana Gleice Sebastian Gallina, Kariny Marques, Luana Sampaio, Paula Tessarolo, Cleciele Ribeiro Rezende, Bruna Maria Mota e tantas outras, por dividirem comigo angústias e vitórias. Vocês fizeram com que todo peso ficasse um pouco mais leve.

À todos meus professores: primeiramente à Maria Vangela Sampaio, pela paciência de me ensinar as matérias fundamentais na infância, à Silvia Regina Araújo, por despertar em mim o gosto pelas áreas humanas e me ajudar na decisão de cursar Direito. Não seria possível listar todos do ensino fundamental ao médio, mas agradeço aos que não estão aqui elencados.

Aos meus professores da graduação: meu professor orientador Antonio Paulo dos Santos Filhos, por todo carinho e paciência que teve comigo nesse ano. Aos professores Victor de Almeida Conselvan, Bruno Milenkovich Caixeiro, Maria Priscila Soares Berro, Gilson Tetsuo Miyakava, Afonso Maria das Chagas, Ozana Rodrigues Boritza, e todo corpo docente da Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Cacoal, por todo ensinamento a mim concedido.

Às pessoas que conheci ao longo desses anos, cada uma com sua particularidade foi imprescindível para esse momento. Acredito que ninguém entra na vida de ninguém por acaso, então, direta ou indiretamente, cada um que cruzou comigo nessa estrada me auxiliou a chegar até aqui. Saibam que serei eternamente grata, sabendo que vivi a graduação da melhor maneira possível, com as pessoas certas ao meu redor. Muito obrigada.

“[...] mas a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo.”

(José Saramago)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo verificar se a execução provisória de sentença penal condenatória é compatível com o princípio da presunção de inocência, elencado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. Inicialmente, interpreta-se o princípio da presunção de inocência, observando seus efeitos, sua evolução histórica e como este é tratado em outros países. Estuda-se a execução penal e o início de cumprimento de pena, como previstos na Lei de Execução Penal e os requisitos da prisão antes do trânsito em julgado. Por fim, é feita uma análise do posicionamento da doutrina e dos Ministros da Suprema Corte sobre o desrespeito aos direitos individuais de proteção contra o poder abusivo do Estado em face da garantia da ordem pública e de um sistema punitivo efetivo, evitando o sentimento de impunidade gerado por uma sociedade tomada pela criminalidade.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Direitos Humanos. Prisão. Sistema penal.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to verify if the provisional execution of a criminal sentence is compatible with the principle of presumption of innocence, listed in art. 5º, LVII, of the Federal Constitution of 1988. Firstly the principle of presumption of innocence is interpreted, observing its effects, its historical evolution and how it is treated in other countries. Its studied the Criminal execution and the application of the punishment, as provided for in the Criminal Enforcement Law, and the requirements of arrest before the final judgment. Finally, it analyzes the position of doctrinators and Supreme Court Ministers about the disrespect of individual rights of protection against the abusive power of the State face of the guarantee of public order and an effective punitive system, avoiding the feeling of impunity created by a society taken by criminality.

Keywords: Presumption of Innocence. Human rights. Prison. Criminal System.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	12
1.1 O PRINCÍPIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	12
1.2 O PRINCÍPIO AO LONGO DA HISTÓRIA	14
1.2.1 No Brasil	16
1.3 O PRINCÍPIO NO DIREITO COMPARADO	17
1.3.1 Europa	17
1.3.2 América do Norte	18
1.3.3 América do Sul	19
1.4 INFLUÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS	20
2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	23
2.1 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL	23
2.1.1 Princípio da Humanidade	24
2.1.2 Início Da Execução Penal	25
2.1.3 Prisões Cautelares	27
2.2 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA	30
2.2.1 <i>Habeas Corpus</i> 84.078 Minas Gerais	31
2.2.2 <i>Habeas Corpus</i> 126.292 São Paulo	34
3 PRINCÍPIO DA CERTEZA JURÍDICA X PRINCÍPIO DE JUSTIÇA	37
3.1 SENTIMENTO DE IMPUNIDADE	37
3.1.1 A Interposição Exacerbada de Recursos	37
3.1.2 A Ponderação do Princípio da Presunção de Inocência	39
3.1.3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	40
3.2 A AMEAÇA AOS DIREITOS HUMANOS	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal trouxeram uma releitura ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que trata sobre o Princípio da Presunção de Inocência. Tal medida gerou dúvidas e divergências entre a doutrina e até mesmo entre os Ministros da Suprema Corte.

Alguns entenderam ser uma afronta aos Direitos Humanos, pois tal matéria está disposta também na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, enquanto outros acharam a medida necessária para garantir a ordem e a segurança pública, tendo em vista a ineficácia do sistema punitivo atual.

Devido à grande repercussão nos veículos midiáticos e nas redes sociais, se fez necessário um estudo aprofundado sobre o instituto da execução provisória da sentença penal condenatória e sua (possível) compatibilidade com as garantias fundamentais.

Necessário, então, analisar o Princípio da Presunção de Inocência, desde sua criação, sua evolução histórica, a importância dessa garantia em outros países e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo prisma, estudar o processo de execução, regulamentado pela Lei de Execução Penal, que garante que toda persecução penal e aplicação da prisão deverá seguir o Princípio da Humanização, sendo respeitada a dignidade da pessoa humana.

Com tal disposição, inicia-se a discussão no sentido de ser possível prejudicar determinado direito, em face da segurança pública, pro da sociedade como um todo, tendo em vista que o Direito Penal não está sendo satisfatório ao dar uma resposta à população, que foi tomada pelo sentimento de impunidade, remetendo, muitas vezes, à vontade de vingança privada.

A pesquisa, então, foi realizada com o intuito de que se ache o equilíbrio necessário na balança da justiça. Que sejam respeitadas as disposições constitucionais – grandes conquistas históricas em face do Estado autoritário – e, também, que haja sistema penal com certeza de punição, gerando assim, efeito de prevenção geral, combatendo à criminalidade.

1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Mesmo sendo uma lei decretada em 1941, o Código de Processo Penal está pautado de acordo com a Constituição Federal de 1988, logo, os princípios constitucionais são fatores basilares na aplicação do processo penal.

O princípio da presunção de inocência – também conhecido por princípio da não culpabilidade – um dos mais importantes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, decorre da dignidade da pessoa humana e está disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 que dita: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por isso entende-se que qualquer pessoa acusada e processada terá o *status* de inocente até que o processo penal se encerre por meio do trânsito em julgado da sentença condenatória – quando não há mais recursos a serem interpostos no processo. Após a coisa julgada, o réu será considerado culpado pelo delito e preso por sentença fundamentada, como impõe o inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal.¹

Esse princípio visa proteger o direito de liberdade, já que o processo penal é responsável por tutelar o conflito entre a liberdade individual (*jus libertatis*) e do direito estatal de punir todo aquele que comete crimes previstos em lei (*jus puniendi*).

Fábio Ramazzini Becharia entende que para o Estado, este princípio gera uma “obrigação de abstenção ou omissiva, de caráter limitador, um verdadeiro não abuso, traduzido na impossibilidade de satisfação do direito penal objetivo senão após o regular trânsito em julgado da decisão condenatória” (2005, p. 157-158).

A necessidade de salvaguardar o próprio indivíduo das arbitrariedades do cotidiano e de abusos das autoridades constituídas levaram vários Estados a firmarem posicionamento contundente a afastar a ilegalidade.

Assim, entende-se que no processo penal, como regra, o réu deverá ser investigado e processado em liberdade, sendo que “o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção”, como afirmam Távora e Alencar (2014, p. 61). O acusado poderá, então, utilizar-se de todas as ferramentas e garantias processuais que lhe são dispostas, permitindo e garantindo, assim, a ampla defesa.

1.1 O PRINCÍPIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

¹ “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”

O valor da liberdade é traduzido pelos direitos humanos de primeira geração. Esses direitos expressam a mudança jurídica entre um Estado autoritarista para um Estado de Direito e estão relacionados diretamente aos direitos civis e políticos.

Paulo Bonavides (2010, p. 563-564) traz que:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

As primeiras dimensões dos direitos humanos decorreram do individualismo que trouxe a ideia de liberdade como direito e escolha de cada ser humano, de acordo com Bechara. A ruptura da unidade religiosa trouxe a liberdade de escolha da religião, difundindo-se a teoria do contrato social e do Direito Natural.

A passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo, daí porque o surgimento da divisão dos poderes na lição de Montesquieu. A grande novidade foi a ideia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua vontade e a sua razão, pondo de lado a tradição e os costumes. O contrato social deixou de estar relegado à origem hipotética do Estado e passou a ser parte integrante de sua história através do poder constituinte originário. O titular desse poder é a Nação, que elabora a Constituição. O jusnaturalismo inspirou o constitucionalismo, e os direitos do homem eram visto como direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compelir a mente. A proclamação dos direitos do homem surge quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes (BECHARA, 2005, p. 18).

Estabeleceu-se que o homem deveria ser o centro da ordem social, alterando, assim, o rol e os entendimentos de direitos humanos, e o papel do Estado passou a ser de proteger seus interesses, respeitando sua dignidade e liberdade.

Aliás, a universalidade é característica intrínseca dos referidos direitos, já que independe de nacionalidade, religião ou ideologia. As mesmas características que foram atribuídas aos direitos naturais pelos jusnaturalistas são atribuídas aos direitos fundamentais, já que eles são universais, inatos, originários, inalienáveis e pré-estatais (SAMPAIO, 2004, p. 27).

Necessário se faz ressaltar aqui a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, que não são sinônimos. Os direitos humanos – como exemplo, a liberdade –

estão em um patamar internacional, enquanto os direitos fundamentais se originam com a constitucionalização dos direitos humanos no ordenamento jurídico de cada país.

“A positivação dos direitos humanos não se faz necessariamente pela simples inserção no texto de forma expressa, mas sim pela infiltração no seio social” ensina Becharia (2005, p. 30).

Sua existência, aliás, independe do reconhecimento constitucional, pois o Estado é obrigado a incorporá-lo, tamanha influência dos tratados internacionais.

Importante ressaltar, também, que os tratados e as convenções sobre os direitos humanos não se confundem com os tradicionais – como exemplo o Mercosul – que tratam de questões políticas e comerciais. Os tratados de direitos humanos regem o comportamento do Estado como autoridade em relação ao indivíduo que está sob a sua jurisdição.

1.2 O PRINCÍPIO AO LONGO DA HISTÓRIA

Ao estudar qualquer instituto jurídico, é natural verificar seu histórico. Nesse sentido, percebemos que, no âmbito do processo penal, nem sempre o indivíduo foi considerado como digno e, por isso, não possuía qualquer garantia diante poder arbitrário do Estado, o qual aplicava penas desproporcionais e cruéis para delitos que surgiam a partir de boatos, inexistindo à época investigação respaldada à ampla defesa.

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris (aonde devia ser) levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; (em seguida), na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (FOUCALT, 1987, p.8).

O direito penal servia como objeto de perseguição já que todo o poder estava na mão de uma única pessoa – que investigava e julgava o suposto delito.

Nesse sentido, presumia-se a culpabilidade do agente, “não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere” (BENTO, 2007, p. 31), sendo dispensável para o processo penal a justa causa – prova da materialidade e indícios de autoria delitiva.

O principal marco histórico da mudança foi a Revolução Francesa, influenciada pelo Iluminismo, que resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, após duas sangrentas guerras mundiais. Foi o seu 9º artigo que deixou expresso o princípio da presunção de inocência: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.²

O surgimento importou para abolir a ideia de que o acusado deveria provar sua inocência perante sua sociedade, resquício da Inquisição, dando novo sentido à regra probatória: a parte acusadora possui o ônus da prova e de imputador à culpa ao réu (TÁVORA; ALENCAR, 2014).

Na verdade tal princípio veio como reação a todo um sistema processual repressivo pré-revolucionário, herdado do sistema primitivo das ordálias, onde o acusado já é alguém considerado culpado pela opinião pública, onde se impusesse ao imputado, durante o processo, ou mesmo após a verificação da insuficiência de provas, medidas de restrição à liberdade pessoal. Contra isso ergueram-se as teorias iluministas que revelando uma preocupação humanística com os direitos dos homem, partiam da constatação elementar de que ao processo criminal são submetidos tanto culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. (GOMES FILHO, 1991, p. 11)

A partir daí, o princípio da presunção de inocência passou a fazer parte de todos os diplomas internacionais posteriores. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, traz a presunção de inocência em seu artigo XI: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

Em 1950, a Convenção Européia dos Direitos do Homem, estabeleceu em seu artigo 6º que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, instituindo assim direitos ao acusado, como o direito de conhecer a natureza e a causa pelo qual está sendo acusado³ e o direito de defesa.

² Importante ressaltar também o artigo 7º, que instituiu a observância na legalidade na prisão: “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.”

³ O artigo 306, § 2º, do Código de Processo Penal fundamenta a nota de culpa – um documento expedido pela autoridade policial que dá ciência ao preso sobre os motivos da sua prisão, que deve ser

Além do mais, também há previsão no artigo 8º, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica que a inseriu no rol expresso de direitos fundamentais: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O Congresso Nacional brasileiro aprovou referido pacto pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992 e o Decreto n. 678, de 6 de maio de 1992, determinou sua vigência no Brasil.

1.2.1 No Brasil

Compreendendo que o legislador adotou a garantia do princípio nos moldes da legislação internacional, destaca-se, aqui, o artigo 5º, §2º da Constituição Federal:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Antes da vigência da Constituição Federal de 1988 no Brasil, o princípio da presunção de inocência encontrava-se implícito pela aceitação desses tratados internacionais. Porém, atualmente, sua amplitude vai além, já que o estende até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto a Convenção Americana de Direitos Humanos defende a presunção de inocência até a comprovação legal de culpa, sendo omissa sobre qual instância terá o viés absoluto de declarar o réu como culpado.

A Carta Magna adotou uma expressão negativa, pois, como já exposto, no artigo 5º, LVII, não há afirmação de que o indivíduo será presumidamente inocente, mas há uma proibição de considera-lo culpado antes do fim do processo penal.

Por isso, surgem algumas divergências em relação à terminologia do princípio referido no dispositivo constitucional. Alguns afirmam que presunção de inocência e não-culpabilidade são conceitos diversos, como explica Paulo Rangel (2000, p. 21):

Não podemos adotar a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. [...] Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a

presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

A presunção de inocência seria, então, mais genérica, enquanto a não-culpabilidade seria específica a um estado de não ser, ainda, culpado por determinado delito.

1.3 O PRINCÍPIO NO DIREITO COMPARADO

A necessidade de evolução constante das relações humanas e diplomáticas foi decisiva para o progresso e incorporação, nas Constituições dos países democráticos dos chamados direitos fundamentais; como ensina Fernando Brandini Barbagalo (2015, p. 41):

Assim, as constituições dos principais países do mundo consagram a garantia da presunção de inocência, e mesmo quando a garantia não se encontra expressa nos textos constitucionais, é reconhecida sua aplicação por fórmula implícita decorrente de outras garantias processuais como o devido processo legal, ou ainda mesmo pelas normas de recepção dos direitos fundamentais reconhecidos nos diplomas internacionais (como o art. 5º, § 2º, de nossa Constituição).

Decerto que o procedimento legislativo dos países caracterizados como democráticos e em franca expansão populacional criaram regramentos legais para a sustentação de seus pilares constitucionais e fortalecimento de suas relações externas.

1.3.1 Europa

A Constituição Italiana de 1947 traz expressamente, no artigo 27, a presunção de inocência: “O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”⁴, com uma redação semelhante à instituída pela Constituição Federal do Brasil de 1988 no artigo 5º, LVII.

Na Constituição da República Portuguesa de 1976, precisamente, artigo 32, 2, está disposta a presunção de inocência: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”, inserindo no mesmo dispositivo o princípio da duração razoável do processo penal e devido processo legal.

⁴ “*La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”

Seguindo a mesma linha de concepção, a Constituição Espanhola de 1978 dispôs no artigo 24, I, várias outras garantias processuais penais:

Assim mesmo, todos têm direito a um juiz predeterminado por lei, a defesa e a assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra si, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não testemunhar contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência.⁵

Na França, a Constituição da Quinta República não faz menção a nenhum direito individual, mas o seu preâmbulo afirma que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 possui valor constitucional: “O povo francês proclama solenemente o seu apego aos direitos humanos e aos princípios da soberania nacional como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946”.⁶

A Constituição Alemã de 1949, por sua vez, não traz a presunção de inocência ou outra norma que a regulamente. No entanto, o Tribunal Federal Constitucional considera a matéria incluída como princípio do Estado de Direito, divergindo da doutrina alemã, que a considera deduzida nos assuntos do respeito à dignidade humana, previsto no artigo 1º da Constituição ou do reconhecimento e subordinação às regras dos tratados internacionais, previsto no artigo 25 da Constituição (BARBAGALO, 2015).

1.3.2 América do Norte

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 traz a presunção de inocência de forma expressa:

Artigo 20. O processo penal será acusatório e oral. Ele será regido pelos princípios de publicidade, contradição, concentração, continuidade e imediatismo. [...]

B. São direitos de qualquer pessoa imputada:

I, a que se presume sua inocência enquanto não se declare sua responsabilidade mediante sentença emitida pelo juiz da causa;⁷

⁵ “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”

⁶ “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946”

⁷ “Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

B. De los derechos de toda persona imputada:

No Canadá, o Ato Constitucional de 1982 estabeleceu em seu primeiro capítulo a Carta Canadense de Direitos e Liberdades. No item 11 há a previsão expressa da presunção de inocência: “Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito [...] de ser presumida inocente até que se prove a culpa de acordo com a lei, em uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial”.⁸

Os Estados Unidos da América do Norte, no entanto, não traz previsão da presunção de inocência na sua constituição. Porém, essa foi reconhecida pela Suprema Corte no caso *Coffin versus Estados Unidos* em 1895.

1.3.3 América do Sul

A Constituição da Argentina não prevê expressamente a presunção de inocência, mas a recepciona no artigo 31, que reconhece os tratados internacionais como lei nacional. Parte da doutrina, porém, entende que o princípio está designado nos artigos 18 e 19 que dispõe sobre regras processuais, como o princípio do devido processo legal (BENTO, 2007).

No Peru, a presunção de inocência encontra positivação no art. 2º, 24, “e”, da Constituição: “Toda pessoa é considerada inocente enquanto não seja declarada judicialmente sua responsabilidade”.⁹

Seguem a mesma concepção a Constituição do Paraguai no artigo 17: “No processo penal ou em qualquer outro do qual possa derivar pena ou sanção, toda pessoa tem direito a: que seja presumida sua inocência”¹⁰ e a Constituição da Venezuela, artigo 49: “O devido processo se aplicará a todas as atuações judiciais e administrativas; em consequência: 2. Toda pessoa se presume inocente enquanto não se prove o contrário”.¹¹

Verifica-se assim que nem todos os países expressam a presunção de inocência em suas constituições federais, alguns a regulamentam por outros dispositivos legais, porém, com o mesmo caráter universal de direito fundamental.

I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;”

⁸ “Any person charged with an offence has the right: [...] to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”

⁹ “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”

¹⁰ “En el proceso penal, o en cualquier otros del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: que sea presumida su inocência”

¹¹ “El debido proceso se aplicará a todas la actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”

Preservar a presunção da inocência é também preservar outros princípios constitucionais de extrema importância para o respeito a dignidade da pessoa humana, por exemplo, a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição e o devido processo legal.

A inclusão e a defesa deste direito nas constituições modernas traduz uma preocupação com a dignidade humana, independente de origem, raça, cor ou sexo, limitando, assim, a atuação abusiva e repressiva do Estado.

1.4 INFLUÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

A redação do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é alvo de muitas especulações e controvérsias, por isso, a doutrina tenta esclarecer o significado e o alcance do enunciado.

Entende-se que o constituinte brasileiro seguiu os passos da Constituição Italiana, pela semelhança entre os dois dispositivos, sendo o italiano: “O imputado não é considerado culpado senão até a condenação definitiva” e o brasileiro: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A controvérsia sobre a correlação entre tal artigo e o princípio decorre de que, em nenhum momento, o constituinte fez o uso da palavra “inocente”, levando parte da doutrina a defender o princípio da não culpabilidade.

Com isso surge a necessidade de destacar que juridicamente e historicamente, os institutos não são iguais, pois não se equivalem na origem, sendo fonte de divergência entre as Escolas Penais Italianas do século XIX e XX (BARBAGALO, 2015).

A Escola Clássica – representada por penalistas como Beccaria e Carmignani – confrontava a Escola Positiva – representada por penalistas como Ferri e Garofalo.

Os clássicos enalteciam a presunção de inocência como pressuposto das ciências penais, mas, insta salientar que, mesmo os Clássicos, não adotavam o princípio aos parâmetros atuais. Antônio Magalhães Gomes Filho (1991) explica que Carmignani elaborou um projeto de Código de Processo Penal para Portugal, no qual previa a presunção de inocência, mas este favorecia apenas os cidadãos de antecedentes irrepreensíveis.

Já os Positivistas não aceitavam a influência deste princípio no processo penal, pois a partir da denúncia, o agente perdia completamente o *status* de inocente.

As duas escolas, apesar do radicalismo, não contestavam as implicações alheias. Entretanto, com a ascensão urbana, aumentou-se a criminalidade na Itália e a presunção de

inocência passou a ser atacada veementemente pela Escola Técnico-Jurídica – exposta por Manzini e Alfredo e Arturo Rocco – que criticava a dimensão que se dava ao conceito.

[...] a finalidade ou escopo do processo penal era a realização da pretensão punitiva derivada da ocorrência de um crime a ser exercida pelo Estado. Nessa óptica, haveria **um interesse público que se sobressaía aos interesses de liberdade do imputado**. Afinal, concebia-se que também a liberdade era um direito social não individual, na medida em que tal direito era concedido pelo Estado (BARBAGALO, 2015, p. 56, grifo nosso).

Nesse sentido, o processo ocorria da seguinte maneira: após a denúncia, o Estado teria o ônus de provar a autoria do crime e, somente quando não conseguisse as provas, prevaleceria o interesse do investigado. Apesar de ter direito a liberdade, ainda não seria considerado inocente, pois iniciada a persecução penal, rompia-se de maneira definitiva e absoluta o lapso da inocência.

De acordo com Manzini, enquanto não fosse reconhecida a culpa do agente, ele jamais seria considerado inocente, pois a finalidade do processo penal não é declarar a inocência, mas sim assegurar a pena decorrente da culpa (BARBAGALO, 2015). O autor afirma ainda que: “as tendências da Escola Técnico-Jurídica tiveram decisiva influência na elaboração do Código de Processo Penal italiano de 1931, o qual serviu inegavelmente de base ao nosso estatuto processual de 1941” (2015, p. 58).

Gustavo Henrique Badaró dita que a discussão é um tanto desnecessária, pois, no conteúdo, não há distinção entre os dois conceitos:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias, se é que isso é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito (2008, p. 16).

O Supremo Tribunal Federal utiliza a expressão presunção de inocência¹², mas, às vezes, opta pela expressão presunção de não culpabilidade e não reconhece distinções nos termos.

¹² CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO PARA A OFERTA DA DENÚNCIA. CONFIGURAÇÃO. PACIENTE CUSTODIADO

Sobre a discussão, Barbagalo (2015, p. 70) é enfático:

Em vez de discutir a denominação do instituto adotada pela Constituição, parece ser fundamental estabelecer os parâmetros de sua aplicação efetiva, considerando como parâmetro a necessidade de se efetivar a prestação jurisdicional.

Apesar da divergência, é pacífica a aceitação da presunção de inocência como norma-princípio, por identificar o valor do direito, trazendo consigo uma decisão político-ideológica universal, que sobrepõe fronteiras e preserva a dignidade do indivíduo processado criminalmente, mas alcançando também todos os estágios de repressão penal, inclusive das atividades policiais.

CAUTELARMENTE HÁ MAIS DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS. DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELO PARQUET, QUE, INCLUSIVE, OPINOU PELA REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA, FACE EXTRAPOLAMENTO DO PRAZO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. CONHECIMENTO E CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Uma vez extrapolado o prazo para a oferta da denúncia pelo Parquet, quando a demora não é imputada à defesa, deve-se ser revogada a prisão preventiva, pois, não pode o indiciado permanecer, por tempo indefinido, sob segregação cautelar, face a ausência de indícios suficientes para denunciá-lo, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência. (HC 109567 RN 2010.010956-7 Relatora Des^a. Maria Zeneide Bezerra, julgado em 23/11/2010)

2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

2.1 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Finda a persecução penal, inicia-se a fase da execução penal, momento em que se cumpre a ordem da sentença penal condenatória.

O Estado impõe, efetivamente, a pena, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou a pecuniária, sendo necessário o respeito aos direitos não atingidos pela condenação – como exemplo, na condenação em pena privativa de liberdade, o agente perderá a sua liberdade de locomoção, mas serão mantidos seus direitos individuais, tais como a integridade física, a honra, a liberdade de crença e o patrimônio. Entretanto, os direitos políticos serão suspensos, conforme dita o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

Guilherme de Souza Nucci explica que após o trânsito em julgado da sentença, esta se torna título executivo judicial e o processo de conhecimento se transforma em processo de execução (2014).

Quanto à sua natureza jurídica, a finalidade da execução penal é fazer valer a pretensão punitiva estatal, assim, a tornar efetiva e punir determinado agente pelo delito cometido.

Há, nesse instituto, um entroncamento entre a atividade do Poder Judiciário e a do Poder Executivo, sendo o primeiro encarregado de proferir os comandos da execução e o segundo responsável pelo seu efetivo cumprimento, realizado em um estabelecimento administrativo.

A Constituição Federal traz no artigo 22, inciso I, que cabe privativamente à União legislar sobre matéria de execução penal no que concerne a esfera penal e processual penal. Entretanto, ao envolver matéria de direito penitenciário, vinculada à organização dos estabelecimentos prisionais, a competência legislativa é da União, mas concorrentemente com os Estados e também o Distrito Federal, como também disposto no artigo 24, inciso I.

Em 1984, foi promulgada a lei 7.210 intitulada de Lei de Execução Penal (LEP), que regula o processo de execução, o sistema das penitenciárias e tem por finalidade a recuperação dos apenados, para que estes não voltem a praticar delitos ao retornarem à sociedade.

O artigo 41 da Lei de Execução Penal dispõe vários direitos do preso, entre eles: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e esportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

2.1.1 Princípio da Humanidade

Como já citado no capítulo anterior, as penas possuíam um caráter de sofrimento corpóreo, onde o corpo do apenado sofria o mal cometido. Então, os castigos eram o açoite, a tortura e diversas outras brutalidades.

Com o decorrer do tempo, esse tipo de punição deixou de ser um espetáculo de horror assistido por toda sociedade e o Estado passou a punir o homem o privando de sua liberdade de locomoção, restringindo o seu direito constitucional de ir e vir.

Atualmente, ao aplicar a execução penal, é imprescindível que sejam obedecidas as regras de humanização que foram instituídas pela Constituição Federal em vários momentos do texto, como exemplo: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (art. 5º, XLVII), “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX), “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5º, L), e etc.

A Convenção Americana de Direitos Humanos também positivou tal questão no artigo 5º, inciso III: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Porém, essa não é a realidade do sistema carcerário apresentada no Brasil, como explica Nucci (2014, p. 716):

[...] o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

Alguns doutrinadores defendem que a pena, em si, possui duas facetas preventivas: a negativa e a positiva. A prevenção negativa funciona como instrumento de alerta, intimidando aqueles sujeitos que estão propensos à atividades criminosas, mas não o fazem, por medo da punição que estará por vir. Enquanto a prevenção positiva traz a junção da existência, legitimidade e validade do Direito Penal como gênero.

2.1.2 Início da Execução Penal

O ponto crucial de divergência se dá no início da execução penal. Nucci (2014) defende que esta só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e, com isso, o juiz expedirá a guia de recolhimento, se o réu estiver preso ou não, como preceitua a Lei de Execução Penal:

Art. 105. **Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

I - o nome do condenado;

II - a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação;

III - o inteiro teor da denúncia e **da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;**

IV - a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução;

V - a data da terminação da pena;

VI - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.

[...]

Art. 107. **Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária** (Grifo nosso).

No mesmo prisma, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 113, de 20 de abril de 2010 que dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança (grifo nosso):

DA EXECUÇÃO PENAL

Art. 1º A sentença penal condenatória será executada nos termos da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, da lei de organização judiciária local e da presente Resolução, devendo compor o processo de execução, além da guia, no que couber, as seguintes peças e informações:

I - qualificação completa do executado;

II - interrogatório do executado na polícia e em juízo;

III - cópias da denúncia;

IV - cópia da sentença, voto(s) e acórdão(s) e respectivos termos de publicação, inclusive contendo, se for o caso, a menção expressa ao deferimento de detração que importe determinação do regime de cumprimento de pena mais benéfico do que seria não fosse a detração, pelo próprio juízo do processo de conhecimento, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 12.736/12;

[...]

VII - **certidões de trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa;**

[...]

DA GUIA DE RECOLHIMENTO PROVISÓRIA

Art. 8º Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, **será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo**, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.

Art. 9º A guia de recolhimento provisória será expedida ao Juízo da Execução Penal após o recebimento do recurso, independentemente de quem o interpôs, acompanhada, no que couber, das peças e informações previstas no artigo 1º.

§ 1º A expedição da guia de recolhimento provisória será certificada nos autos do processo criminal.

§ 2º Estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às Secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

Art. 10. Sobrevindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia.

Art. 11. Sobrevindo condenação transitada em julgado, o juízo de conhecimento encaminhará as peças complementares, nos termos do artigo 1º, ao juízo competente para a execução, que se incumbirá das providências cabíveis, também informando as alterações verificadas à autoridade administrativa.

Percebe-se então, que a legislação é enfática ao exigir dos magistrados a certidão de trânsito em julgado da sentença para que esta possa ser executada. Não sendo excluída, entretanto, a possibilidade da execução provisória, sendo criado para tanto a guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade.

Essa posição foi combatida por Nucci, que explica (2014, p.757):

[...] o processo de execução deve reger-se pelos dispositivos contidos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal, o que se justifica pela intenção de garantir ao condenado todos os

princípios e regras básicas que o acusado, durante o processo de conhecimento, possui. O estudo e a aplicação das normas de execução penal devem observar os princípios constitucionais penais e processuais penais, até pelo fato de que, para realizar o direito punitivo do Estado, justifica-se, no Estado democrático de Direito, um forte amparo dos direitos e garantias individuais. Não é viável a execução da pena dissociada da individualização, da humanidade, da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei prejudicial ao réu (princípios penais) e do devido processo legal, como todos os seus corolários (ampla defesa, contraditório, oficialidade, publicidade, dentre outros).

Essa parte da doutrina preceitua que a execução penal deve ter um critério garantista, sendo assegurado ao réu a garantia da sua liberdade caso ainda não tenha se encerrado o processo. Então, a execução provisória só seria possível se estiverem presentes os requisitos da prisão cautelar.

2.1.3 Prisões Cautelares

A promulgação da Lei nº. 12.403 de 4 de maio de 2011, autorizou apenas as medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320, ou seja, instituiu um rol taxativo de medidas cautelares diversas da prisão, estando entre elas o comparecimento periódico em juízo, para informar e justificar suas atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com determinada pessoa; proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento de passaporte; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; internação provisória nos casos de inimputável ou semi-imputável; monitoramento eletrônico e etc.

As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual (GOMES FILHO, 1991, p.65).

Aury Lopes Jr. entende que “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar” (2016, p. 599) e que sua finalidade deve ser a proteção da prova e a presença da parte passiva, sendo assim, inconstitucional a prisão preventiva com fundamento de garantia da ordem pública ou de ordem econômica.

O autor supracitado discorda da doutrina majoritária que identifica os fundamentos das medidas cautelares como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, que são aplicados ao processo civil e, em tradução livre, significam “fumaça do bom direito” e “perigo da demora”.

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o **requisito** para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito) [...], a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (2016, p. 599-600, grifo do autor).

Quanto ao segundo fundamento, o perigo não está na demora, ou no tempo do processo em si, mas na conduta do agente investigado/processado, que aparenta risco de frustração da função punitiva, em palavras simples, risco de fuga. Logo, a situação de liberdade do sujeito não é favorável ao processo, se fazendo necessária a restrição da mesma.

No estudo das prisões cautelares, a base principiológica é essencial, pois permitem a coexistência da prisão sem trânsito em julgado com a presunção de inocência.

Para Aury Lopes Jr. (2016), a medida cautelar somente poderá ser decretada por ordem judicial fundamentada, por força do princípio da jurisdicionalidade. O autor traz ainda que tal característica está diretamente relacionada ao devido processo legal, previsto no art. 5º, XLIV, da Constituição Federal, ao afirmar que não haverá privação ou restrição da liberdade sem que tenha sido regulada por lei. Logo, a prisão só pode ser decretada após o processo¹³.

Outra fonte que também deve ser respeitada nas prisões cautelares é o princípio do contraditório, fundamentado pelo art. 282, §3º do Código de Processo Penal, que atribui ao juiz a determinação da intimação da parte contrária, no momento em que receber o pedido de medida cautelar, desde que tal ato não prejudique a urgência ou eficácia de medida.

Lopes Jr. defende que “o ideal seria o juiz decretar a prisão e marcar, imediatamente, a realização de uma audiência, em que o imputado [...] poderia demonstrar a desnecessidade da medida. Não vemos qualquer óbice a que isso ocorra no novel sistema vigente.” (2016, p. 605).

Necessário lembrar que as prisões cautelares devem estar sempre amparadas pela provisionalidade, tendo em vista que são decretadas por determinadas situações fáticas. Logo, se desaparecido o suporte fático que a ensejou (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*), deve ser cessada a prisão e concedida a imediata soltura do imputado.

¹³ “Nulla pena sine praevio iudicio” (LOPES JR, 2016, p. 604)

A prisão, ou qualquer outra medida cautelar, poderá ser revogada a qualquer tempo ao decorrer do processo se desaparecerem os motivos que a fundamentou, bem como poderá ser red decretada se estes voltarem a surgir, como disposto no art. 282 do Código de Processo Penal¹⁴.

Apesar de ser uma medida provisória, a prisão temporária não tem prazo de duração determinado por lei. Entretanto, a prisão preventiva, prevista na Lei n. 7960/89, terá duração máxima de 5 dias, que poderão ser prorrogáveis por igual período e, em caso de crime hediondo ou equiparado, poderá durar até 30 dias, prorrogáveis por igual período, nos termos da Lei n. 8.072.

O Projeto de Lei n. 4208/2001 tentou determinar um prazo máximo de duração da prisão preventiva de 180 dias em cada grau de jurisdição, mas o dispositivo não foi aprovado. A jurisprudência estabeleceu então o limite de 81 dias que, se superados, seriam considerados como excesso de prazo, sendo passível de *habeas corpus*, porém, tal medida não foi recepcionada pelos tribunais.

O art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, determina o princípio da excepcionalidade ao ditar: “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Acompanhando o princípio da proporcionalidade, que “norteia a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida” (LOPES JR., 2016, p. 613), tentando impedir que o agente seja submetido a uma medida cautelar mais gravosa àquela necessária.

A proporcionalidade em sentido estrito significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação. De um lado, o imenso custo de submeter alguém que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, e, de outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes (LOPES JR., 2016, p. 615, grifo do autor).

O cumprimento dos requisitos das prisões cautelares e a observância das suas peculiaridades também são formas de garantir ao réu a segurança no processo. Assim, há a possibilidade de prisão para o normal desenvolvimento do processo, mas não são atacadas as garantias fundamentais.

¹⁴ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...]

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

2.2 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA

Mesmo com a positivação do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, admitia-se, no Brasil, a execução provisória de sentença penal condenatória – ou seja, a possibilidade do réu ser condenado à prisão antes do trânsito em julgado da sentença.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 68.726 em 28/06/1991, tendo como relator o Ministro Néri da Silveira, assegurou que o princípio da presunção de inocência não proibia a execução provisória da pena.

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. **Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição.** De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido (Grifo nosso).

Os fundamentos utilizados à época eram que a condenação do réu em segunda instância era suficiente para decretação de prisão, já que restava comprovada a materialidade do fato e a autoria do delito. Após isso, o réu poderia interpor recurso especial ou recurso extraordinário, porém, estes não possuem efeito suspensivo, logo, não impediriam o cumprimento do mandado de prisão.

Tal posição não foi singular, pois a Corte Suprema reafirmou seu entendimento em vários outros julgamentos, como exemplo o HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 07/12/2007 e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 04/11/1994, respectivamente (grifo nosso):

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*.

HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de **ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo**. 2. Não configurada, na espécie, *reformatio in pejus* pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente 'o benefício de apelar' em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado.

[...] A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA.

A orientação dada pelos enunciados das Súmulas 716 e 716 do Supremo Tribunal Federal, editadas em 2003, também permitem a execução provisória da pena, como pode-se observar:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Com isso, fica claro que, mesmo com a disposição do princípio da presunção de inocência na Constituição, a Corte era pacífica em aceitar a execução provisória da sentença, com o fundamento de que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo.

2.2.1 Habeas Corpus 84.078 Minas Gerais

Em 05/02/2009, houve a arrebatadora mudança de jurisprudência, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 de Minas Gerais, tendo por relator o Ministro Eros Graus. Por sete votos a quatro, defendeu-se que o princípio da presunção de inocência se mostra completamente incompatível com a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado da condenação, sendo elementar a transcrição da ementa:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637

do CPP estabelece que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. [...] 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado à condenação de cada qual.

Em seu voto, o Ministro Relator Eros Graus (STF – Pleno – HC 84.078 MG, julgado em 05/02/2009) afirmou que afastados os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, o encarceramento em primeira instância qualifica-se como antecipação de pena, e que o entendimento do Supremo até a época deveria ser revisto, já que tal determinação era absolutamente contra o princípio da presunção da inocência consagrado pela Constituição Federal, alegando, ainda, que tal posição apenas poderia ter sido tomada por um inimigo da Constituição.

Fundamentou tal necessidade pelo argumento de que, com a integração da violência ao cotidiano da sociedade, os cidadãos passaram a exacerbar ainda mais ódio e degradação. Nesses momentos, a grande massa midiática se aproveita da situação de precariedade do indivíduo e o julga, em tribunal de exceção, sob a premissa de que todos são culpados, ao menos que provem o contrário, tendo o exato posicionamento rechaçado pelo texto constitucional.

Tal prática remete à mesma adotada pelo Código de Hamurabi, trazendo a ideologia de “olho por olho, dente por dente”, que deve ser impedida, pela prudência do Direito e da justiça.

Traz a ressalva, porém, de que não se pode banalizar o Poder Judiciário, já que existem inúmeros réus que recorrem, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem

qualquer fundamento legal. Ou seja, pleiteia uma nulidade inventada com o intuito de retardar o andamento da execução penal, alcançando assim a prescrição.

O Ministro Joaquim Barbosa (STF – Pleno – HC 84.078 MG, julgado em 05/02/2009) alinhou-se a antiga corrente, entendendo ser viável a execução antecipada da pena depois de condenação em segundo grau, pois estas devem ser levadas a sério, tendo em vistas que os magistrados são presumidamente idôneos para exercer tal cargo e outra posição seria dar por ignorada a determinação dos mesmos.

As instâncias ordinárias, então, tem legitimidade para proferir condenações dotadas de efetividade e decretar a prisão, independentemente de interposição de recurso sem efeito suspensivo.

O Ministro Carlos Britto (STF – Pleno – HC 84.078 MG, julgado em 05/02/2009) também divergiu da relatoria, pois discorda do alcance conferido ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal. Em sua visão, o texto não veda a privação da liberdade antes do julgamento dos recursos especial ou extraordinário, pelo fato de que, em segunda instância, é papel da Corte se atentar às questões jurídicas e não da matéria fática. Por esta razão, os efeitos de tais recursos são limitados e não suspendem a execução.

Defendeu então que, se a prisão cautelar é compatível com a Constituição, com o intuito de assegurar a persecução penal, é lógico que também será compatível a execução, independe de interposição de recurso especial ou extraordinário, para assegurar a aplicação da lei penal, conforme vejamos em transcrição de seu voto:

Se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução de pena privativa de liberdade também o é. E é essa a exagesse que se extrai, pelo menos da minha avaliação e na histórica jurisprudência desta Suprema Corte, do sistema instituído na Constituição da República (STF – Pleno – HC 84.078 MG, Voto: Min. CARLOS BRITTO, julgado em 05/02/2009).

O Ministro Celso de Mello (STF – Pleno – HC 84.078 MG, julgado em 05/02/2009), entretanto, salientou que a determinação da prisão cautelar de qualquer pessoa não está exposta ao arbítrio dos magistrados. Tais decisões só podem ser decretadas se presentes os pressupostos legais, além da fundamentação substancial. Sem esquecer, ainda, que o sistema cautelar deverá ser sempre regido pelo princípio da excepcionalidade.

Explicitou ser impossível confundir prisão cautelar com prisão penal, pela distinção da natureza jurídica entre os dois institutos, já que a prisão cautelar não possui a finalidade de punir, não traduz a ideia de sanção esperada da prisão penal, mas serve meramente como

instrumento do processo para proteção da persecução, tal como dispõe entendimento prolatado pela Suprema Corte:

A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR OBJETIVO INFLINGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.

A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal (RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Logo, o instituo de natureza cautelar, exclusivamente processual, não pode ser objetivado com promoção da antecipação da pretensão punitiva do Estado.

Com o voto do Ministro Gilmar Mendes, que seguiu o entendimento do relator e afirmou a necessidade da mudança na jurisprudência constitucional, o Supremo Tribunal Federal considerou a execução provisória da sentença incompatível com a disposto no texto constitucional.

2.2.2 *Habeas Corpus* 126.292 São Paulo

Em fevereiro de 2016, ao negar o HC 126.292 SP por maioria dos votos, a Corte reverteu novamente o seu entendimento e decidiu que a execução da pena privativa da liberdade antes do trânsito julgado não ofende o princípio da presunção de inocência.

O Ministro Relator Teori Zavascki (STF – Pleno – HC 126.292 SP, julgado em 17/02/2016) defendeu em seu voto que há de se manter dúvidas acerca da autoria do delito antes de prolatada sentença penal, mas, a qualidade de inocente do acusado se satisfaz no fato de que ele não precise provar sua inocência, sendo o ônus probatório da acusação.

Na condenação em primeiro grau, fica superado o *status* de inocência por ser caracterizado um juízo de culpa, embora não seja esse definitivo, já que o réu poderá interpor recurso de apelação, sendo “nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa” (STF – Pleno – HC 126.292 SP, Voto: Min. Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016), caracterizando-se o duplo grau de jurisdição.

Deixando expresso que, em seu entendimento, a presunção de inocência tem fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, já que os eventuais recursos especial ou extraordinário, não se prestam ao reexame de fatos e provas.

Os recursos encaminhados ao STJ ou STF não tem o condão de examinar a justiça ou a injustiça dos casos sentenciados, destinam-se “à preservação da higidez do sistema normativo” (STF – Pleno – HC 126.292 SP, Voto: Min. Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016), pois só devem ser conhecidos aqueles que tratem de questões constitucionais, que transcendam o interesse do réu, sendo irrelevante as circunstâncias pessoais e subjetivas do caso concreto.

Tal determinação não tem sido respeitada por advogados que impetram inúmeros recursos sucessiva e indevidamente, com o propósito de travar a execução penal com a configuração da prescrição da pretensão punitiva.

Concordou com a possibilidade de erro nas instâncias ordinárias, mas defendeu que tais equívocos também podem ocorrer nas instâncias extraordinárias e para evita-los, há outros mecanismos aptos a inibir consequências gravosas.

O voto da relatoria foi seguido pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que entendeu que o Direito Penal não deve conter excessivas tipificações e exacerbações de penas, que deve ser moderado, mas aplicado de modo efetivo, para afastar condutas criminosas.

A demora exacerbada de um processo criminal, com a execução após muitos anos não é efetivo em dar à sociedade o sentimento de satisfação, deixando, então, o Direito Penal, de exercer o seu aspecto positivo de prevenção geral.

Para o Ministro (STF – Pleno – HC 126.292 SP, julgado em 17/02/2016), a presunção de inocência se desfaz na condenação em segundo grau, já que a garantia do devido processo legal se traduz aos dois graus de jurisdição.

Reforçou, ainda, a natureza do recurso especial e extraordinário, que não possuem efeito suspensivo.

Segundo lugar: o recurso extraordinário como nós bem sabemos, não se destina a investigar o acerto ou desacerto da decisão, nem a reestudar os fatos, nem a reapreciar a prova. Ele se destina a discutir tão somente alguma questão de direito, de direito constitucional quando seja perante o Supremo, e de direito infraconstitucional quando seja perante o Superior Tribunal de Justiça. Mas a materialidade e a autoria já foram demonstradas no primeiro e no segundo grau (STF – Pleno – HC 126.292 SP, Voto: Min. LUIS ROBERTO BARROSO, julgado em 17/02/2016).

Para que seja interposto recurso extraordinário, é necessário que a causa já tenha sido decidida, como dispõe o art. 102, CF: “Compete ao Supremo a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância”.

Compreendendo causa decidida como aquela que já foi definitivamente resolvida pelas instâncias ordinárias, sendo imputada pela materialidade a autoria criminal e não respeitar tal sentença é um imenso desprestígio às autoridades daquelas instâncias.

Aceitar a execução provisória da pena privativa de liberdade é tornar o sistema penal mais eficiente, diminuindo assim, o grau de impunidade e dando respostas mais satisfatórias à sociedade.

Divergente, o Ministro Marco Aurélio (STF – Pleno – HC 126.292 SP, julgado em 17/02/2016) deu início ao seu voto afirmando que não via “uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal”, já que o pronunciamento de uma execução antecipada, sem caracterização da culpa, vai contra o modelo garantista assegurado pela Constituição Federal.

Reconheceu a morosidade do Estado em termos da persecução criminal e o artifício dos advogados ao interpor recursos implicando na prescrição, embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional.

Em que pese os argumentos trazidos à discussão pelos Eminentíssimos Ministros, o tema discutido e que se pretende a aplicação imediata, retrata o descaso na execução de políticas públicas com vistas à celeridade processual e o fim da sensação de impunidade. O sentimento social de aumento da criminalidade, além de mudança de valores sociais e paradigmas também encontra lastro na morosidade judicial a que estão submetidos os processos em tramitação em todas as regiões do País.

Toda a discussão e o valor legal que se pretende imputar na efetividade ou não da execução provisória tem seu óbice mais forte na supressão das garantias asseguradas no Texto Constitucional e tão amplamente discutidas em Plenário no Supremo Tribunal Federal, como preservação da confiabilidade e da segurança jurídica a que estamos filiados.

3 PRINCÍPIO DA CERTEZA JURÍDICA X PRINCÍPIO DE JUSTIÇA

A execução provisória da sentença penal condenatória, que autoriza a decretação de prisão antes do trânsito em julgado da pena privativa de liberdade é um tema desafiador e controverso, pois se acentua na linha tênue da garantia dos direitos do acusado e da função jurisdicional da pena.

Diante do complexo sistema de justiça criminal brasileiro, como o Estado poderá dar uma resposta às expectativas da sociedade em relação à criminalidade, sem ferir os preceitos fundamentais assegurados constitucionalmente que todos cidadãos gozam?

3.1 SENTIMENTO DE IMPUNIDADE

O enorme lapso temporal que atualmente existe entre a data do fato, a data da condenação e a data do efetivo cumprimento de pena mostram claramente a falha sistemática do Estado em fazer valer a pretensão punitiva, que é vetor do Direito Penal.

Nesse sentido, a possibilidade de os réus condenados aguardarem em liberdade o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário enfraquece a tutela dos bens jurídicos sociais que devem ser resguardados por tal disciplina. Ou seja, impedir a execução antecipada seria impedir que o Direito Penal tenha seriedade e que seja capaz de prevenir crimes e dar uma resposta satisfatória à sociedade, tomada pela insegurança que a criminalidade produz.

É possível entender que, após o esgotamento das vias nas instâncias ordinárias, a execução da pena não é apenas uma escolha do magistrado, mas sim uma **obrigação**, para constituir a pretensão punitiva do Estado.

3.1.1 A Interposição Exacerbada de Recursos

Atualmente, têm-se incontáveis relatos de uma situação muito comum: a recorrente interposição de recursos, mesmo que sem fundamentação legal, às instâncias extraordinárias, que ensejam, devido à lentidão da movimentação processual, a prescrição.

A prescrição, matéria disciplinada pelos artigos 109 e 110 do Código Penal, se traduz como a extinção da punibilidade. Ou seja, ocorre o desaparecimento do direito de punir do Estado, pela ocorrência de fatos jurídicos alheios aos elementos do crime, nesse sentido, o quanto de tempo o Estado demorou em executar a pena do agente.

Tal fenômeno foi analisado por Barbagalo (2015, p. 119):

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

É visível que esta é uma estratégia processual adotada por advogados criminalistas mais experientes – que, logicamente, não podem ser considerados culpados por estarem fazendo uso de ferramentas asseguradas pela legislação, impedindo assim que seus clientes sejam presos – a culpa está no sistema penal, que permite tal circunstância.

Percebe-se que, na prática, o sistema não é garantista, como instituí os moldes adotados pela Constituição Federal, mas é um sistema injusto. Injustiça essa que estimula vítimas e familiares a regredirem no tempo em que se permitia a vingança privada, por não confiarem no Estado, por quererem **fazer justiça com as próprias mãos**.

Além do mais, a falta de punibilidade em crimes tão bárbaros, da impressão de que, ao analisar a facilidade e os ricos, o crime compensa. Há incentivos para se tomar vantagens ilícitas, como o ganho fácil, e não há grandes chances de punição efetiva, levando a sociedade a experimentar índices elevados de criminalidade.

Em sede de exemplo:

17. Um jornalista matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narra: “Um dia eu liguei para a casa dele e disse: ‘Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço’. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$ 5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados”.

[...]

18. Um ex-Senador da República foi condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões na construção do Foro Trabalhista de São Paulo. Os fatos ocorreram em 1992. Depois

da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente transitou em julgado em 2016, quando ele veio a ser preso. Durante todo este período, mesmo já condenado, circulou livremente em carros de luxo, frequentando os melhores restaurantes e distribuindo gorjetas fartas, como um homem vitorioso.

[...]

19. Em dezembro de 1995, um conhecido jogador de futebol, saindo da balada, dirigindo seu carro a 120 Km por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio, provocou um acidente e a morte de 3 pessoas. Foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos, apenas no STJ. E outros tantos no STF. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. O processo ainda aguarda julgamento do Plenário. As famílias das três jovens vítimas do crime podem assisti-lo livre e feliz como comentarista de jogos de futebol na televisão (STF – Pleno – ADC 43 e 44 DF, Voto: MIN. LUIS ROBERTO BARROSO, julgado em 05/10/2016).

Estes são apenas alguns dos inúmeros casos assistidos e vivenciados diariamente na sociedade brasileira e que devem ser combatidos veementemente pelas autoridades competentes, pois uma justiça desmoralizada não satisfaz a sociedade, o Judiciário e nem tampouco os advogados desta área.

Este fenômeno reforça, ainda, a seletividade no sistema penal, já que a possibilidade de recorrer em liberdade alcança àqueles réus que possuem condições financeiras de contratar o melhor advogado para defendê-los em sucessivos recursos e arcar com as custas processuais. Enquanto que os réus mais pobres, assistidos pela Defensoria Pública – que infelizmente não goza grande estrutura e número de profissionais satisfatórios – não possuem essa chance. Assim, “torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária” (STF – Pleno – ADC 43 e 44 DF, Voto: Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 05/10/2016).

A execução provisória é o instrumento utilizado para diminuir a seletividade estampada no sistema punitivo, tornando-o mais igualitário e afetando, principalmente, os crimes de colarinho branco.

O grande fator de prevenção da criminalidade é a certeza da punição, independentemente da intensidade da pena. Por isso, no Direito Penal, não há necessidade de medidas exageradas e grotescas, o sistema punitivo deve ser moderado, mas deve ser sério. Evitar que a execução se retarde por décadas restaura a confiança na Justiça Criminal.

3.1.2 A Ponderação do Princípio da Presunção de Inocência

Não há que se negar que a Constituição Federal adotou o princípio da presunção de inocência no texto do artigo 5º, inciso LVII. A crítica que se faz é em relação ao peso e ao alcance desse princípio.

Parte da jurisprudência defende que a presunção é um princípio, logo, não é regra. Os princípios devem ser tidos como vetores que sinalizam e apontam para determinado comportamento, não devendo, entretanto, serem tidos como absolutos, podendo ser aplicado com maior ou menor grau de intensidade¹⁵.

Nesse sentido, a presunção de inocência deverá ser ponderada, como um sistema de pesos e valores, à medida que, a cada condenação, sua presunção será diminuída.

Na fase inquisitiva, o acusado gozará da presunção de inocência em sua totalidade, como disposto nas garantias constitucionais. Ao ser sentenciado por magistrado de primeiro grau, a presunção sofrerá um enfraquecimento e deverá ser vista com menor enfoque. Se sobrevier eventual condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já se demonstrou a responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e de provas, não há que se falar em inocência, pois estará configurada a materialidade e a autoria delitiva.

Os direitos individuais estão elencados como valores supremos da sociedade no Preâmbulo da Constituição, mas também estão elencados nele a segurança e a justiça, logo, um valor não pode ser diminuído por outro.

Devendo ser feita uma releitura da presunção de inocência, deixando de lado a imagem mais conservadora e extremada, remetendo à um molde que se adeque a realidade atual, dando interpretação condizente com as exigências sociais, no sentido garantidor da efetividade penal.

A ausência de uma sociedade justa e segura funciona como estímulo à prática da criminalidade, devendo o direito penal exercer o papel de prevenção geral. Assim, a presunção de inocência deverá ser ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes, como a vida e a integridade psicofísica.

3.1.3 O Duplo Grau de Jurisdição

O Princípio do duplo grau de jurisdição assegura ao cidadão o direito de ter sua sentença reexaminada e reapreciada por órgão diverso e hierarquicamente superior. Sempre que houver um tribunal acima de outro, com poder de revisão, haverá reforma. A questão, portanto, é de competência, e não de justiça.

¹⁵ STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.

Nesse contexto, a lógica extraída é de que se trata de dois graus – magistrados e tribunais –, não sendo reconhecido no ordenamento um triplo ou quádruplo grau de jurisdição. Com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir uma exigência de ordem pública.

Necessário ressaltar que, logicamente, a possibilidade da execução antecipada não exclui a possibilidade do réu recorrer extraordinariamente ao Supremo Tribunal Federal ou especialmente ao Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de corrigir eventual abuso ou erro das decisões pretéritas.

3.2 A AMEAÇA AOS DIREITOS HUMANOS

Inquestionável a posição daqueles que veem a antecipação da execução provisória da sentença condenatória, pendente recurso e em situação prisional favorável ao Recorrente que se permita tamanha aflição na constrição da liberdade. Não só no tocante à aflição pessoal, mas principalmente na afronta a direito fundamental insculpido no Texto Maior como garantia à dignidade e a segurança jurídica nas relações estabelecidas entre as partes e o próprio Estado.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2014) ao citar que o Supremo Tribunal Federal contrariou sua própria função essencial de proteger o Texto Constitucional das mazelas, ataques e tentativas de violação às garantias do cidadão. Ao adotar essa postura com caráter autoritário, o órgão judiciário cria enorme insegurança jurídica, agride o bom senso e gera insustentável insegurança jurídica na sociedade brasileira, já que as garantias constitucionais estão sendo claramente desrespeitadas, reinterpretadas e até negadas, como ocorreu na aceitação da execução provisória da pena.

Como citado em item alhures, a sensação de impunidade ou a insatisfação de insegurança quanto ao aumento crescente da impunidade não afasta da sociedade o perigo ainda maior da insegurança jurídica; muito pelo contrário. Alterar o regramento constitucional significa retirar a **película de proteção** de todo e qualquer cidadão que, um dia, possa estar diante da mesma situação daqueles que hoje, respondem a processo criminal e que são atingidos por norma prejudicial alterada na “prorrogação do segundo tempo do jogo”, repelindo a ideia dos regimes autocráticos que preconizam a ideia de que todos são culpados até prova em contrário.

Na verdade tal princípio veio como reação a todo um sistema processual repressivo pré-revolucionário, herdado do sistema primitivo das ordálias, onde o acusado já é alguém considerado culpado pela opinião pública, onde se impusesse ao imputado, durante o processo, ou mesmo após a verificação da insuficiência de provas, medidas de restrição à liberdade pessoal. Contra isso ergueram-se as teorias iluministas que revelando uma preocupação humanística com os direitos dos homens, partiam da constatação elementar de que ao processo criminal são submetidos tanto culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente (GOMES FILHO, 1991, p. 11).

Como assegura Carlos Velho Masi (2016), a garantia de que só se pode ser considerado culpado após o transido em julgado da sentença é uma conquista constitucional, que vai muito além da mera confirmação de materialidade e autoria delitiva, como preveem a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11º, 1) e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8º, 2).

O fato de alguém, independentemente de sua situação social, política ou econômica, estar na condição jurídica de pessoa submetida a persecução penal, não lhe restringe a posição de sujeito de direitos e de titular de garantias indisponíveis.

Nesse sentido, a discussão não está no caráter de a execução provisória ser justa ou injusta, mas sim do fato de que ela não é autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesta discussão entre o justo e o legal, não pode o aplicador das leis, ou seja, o órgão jurisdicional tutelar direito que, não pode dispor sua vontade ante a clara e objetiva previsão constitucional.

Eventual ineficácia da jurisdição penal e do sistema punitivo, motivada pela interposição desenfreada de recursos, gerando impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento de um direito fundamental assegurado pela Constituição, de ser presumidamente inocente.

A presunção de inocência não é a circunstância que provoca o sentimento de justiça ou situa a crise de funcionalidade do judiciário. A solução deve ser encontrada em uma reforma do sistema processual que confira maior conveniência ao sistema recursal.

Ressalta-se, ainda, que a vedação da execução antecipada da pena privativa de liberdade não inviabiliza a prisão temporária ou a prisão preventiva de réus considerados perigosos, se presentes os requisitos que justifiquem tal medida. Tendo os magistrados a possibilidade de fazerem uso de modalidades diversas para assegurar a ordem e proteger os interesses da coletividade.

A irresignação daqueles que se colocam na posição de “defensores dos Direitos Humanos” supera a simples posição de manutenção das garantias legais vigentes ou da mera

comprovação de culpa, como bem leciona Eugênio Pacelli (2013), mas sobretudo de impedir o desvirtuamento da norma pela simples ingerência de qualquer dos órgãos constituídos em clara violação ao texto constitucional.

Somente sociedades autocráticas que não reconhecem direitos básicos aos seus cidadãos repudiam e desprezam o direito fundamental de qualquer indivíduo de sempre ser considerado inocente até que ocorra o definitivo trânsito em julgado de sua condenação penal, independentemente do caráter (hediondo ou não) do crime pelo qual está sendo investigado ou processado (STF – Pleno – ADC 43 e 44 DF, Voto: MIN. CELSO DE MELLO, julgado em 05/10/2016).

O Estado não pode tratar de forma arbitrária quem quer que seja, sendo vedada a negação do exercício pleno de prerrogativas resultadas, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita a atos de persecução estatal.

Na sábia lição de Foucault (1999, p. 14) “E acima dessa distribuição dos papéis se realiza a negação teórica: o essencial da pena que nós, juizes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, ‘curar’”.

Seguindo essa corrente, entende-se que o Supremo Tribunal Federal, como **guardião da Constituição**, em virtude da expressa delegação, falhou no desempenho de salvaguardar a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a segurança das relações jurídicas e a estabilidade do ordenamento normativo. Atuando como apaziguador da insatisfação social no já declinado aumento da criminalidade e da justificativa da morosidade judicial, o STF antecipa o fim punitivo do Estado antes mesmo do “veredicto” final.

Educar e curar não mais são objetivos a serem buscados, mas um fim da própria torpeza a que cada operador do Direito, que se coloca diante da demora judicial ocasionada pela protelação dos atos, pela inércia de condutas ou mesmo pelo descontentamento na frustrada ressocialização futura.

No posicionamento de Sarlet (2006), o alcance da segurança jurídica enquanto direito de todo e qualquer cidadão deve ir além dos questionamentos fortuitos e banais de morosidade judicial e prática de atos, às vezes dolosos, das partes de procrastinar o feito e frustrar a efetividade da norma material a ser aplicada ao caso concreto. Atinge dimensões além da esfera da ordem objetiva como o retrocesso, as arbitrariedades e os abusos violadores do próprio homem enquanto ser sujeito a obrigações e direitos.

A Constituição Federal de 1988 menciona a segurança jurídica como direito inviolável dentre aqueles arrolados no *caput* do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade e

propriedade. A violação aos Direitos Humanos e à própria Constituição Federal na mitigação da presunção de inocência, quebra da segurança jurídica e afronta à dignidade não pode ser tida como balizadora do inconformismo social ou justificativa para as mazelas estruturais da administração pública – falta de servidores, material penso, juízes, controle dos atos judiciais das partes e etc.

A segurança jurídica por si só, integra um dos núcleos do Estado Democrático de Direito e, assim, não se pode suprimi-lo afim de justificar ou analisar fatores externos à proteção legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto nesta monografia, conclui-se que a positivação do princípio da presunção de inocência no ordenamento brasileiro como direito constitucional conferiu ao processo penal um caráter mais humanitário.

Essa foi uma grande conquista social, pois deu a cada indivíduo a segurança de que haverá um processo penal justo e que este não será prejudicado por eventual arbitrariedade ou abuso do poder estatal.

Pela Constituição Federal de 1988, que assegura o Estado Democrático de Direito, qualquer cidadão, independente de condição financeira ou social, é sujeito de garantias fundamentais que têm como escopo maior impedir a poder abusivo do Estado frente à uma persecução penal. A pena e seu cumprimento deverão seguir as ordens estabelecidas pela Lei de Execução Penal, que dispõe sobre a sentença, sobre as instituições carcerárias e sobre os direitos dos apenados.

Percebeu-se, então, que, é possível a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, se esta tiver natureza cautelar, obedecendo a requisitos legais, denominados pela doutrina como *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, que terão caráter excepcional.

A maior parte da doutrina entende que o cumprimento de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado sem tais requisitos fere a Constituição e todas as garantias instituídas por esta.

Para a mudança da jurisprudência, o Supremo adotou a teoria de que a Constituição diferencia o juízo de culpabilidade do sentido de prisão, usando como argumento o princípio do duplo grau de jurisdição e o fato de que os recursos especiais e extraordinários não possuem efeito suspensivo, logo, não poderão suspender a prisão. Alegaram e ilustraram seus votos com diversos casos em que, após condenados, os agentes abusam do sistema recursal, com o intuito de postergar a prisão e ser beneficiado pela perda do poder punitivo do Estado, pelo fenômeno da prescrição.

Entende-se, entretanto, que a falha do sistema recursal e a falha do Direito Penal em punir adequadamente não podem ser atribuídas ao princípio da presunção de inocência.

Diminuir as garantias dos cidadãos em frente ao Estado é diminuir, ainda mais, a segurança jurídica e a estabilidade jurídica, criando mais tensão e injustiça nas decisões, aniquilando, em sua totalidade, o papel do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San José da Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 21 out. 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal** - Tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em 23 out. 2016.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20 ed. São Paulo. Saraiva, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 2 nov. 2016.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 19 out. 2016.
- _____. **Lei de Execução Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em 8 nov. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43 e 44 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 68.726 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 28 de junho de 1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078 – Minas Gerais**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292 – São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2596>>. Acesso em 8 nov. 2016.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 21 out. 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASI, Carlos Velho. **Um duro golpe na presunção de inocência**. Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/um-duro-golpe-na-presuncao-de-inocencia/>>. Acesso em 24 nov. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manuel de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 17 ed. São Paulo. Atlas, 2013.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 21 out. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. 2006. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em 25 out. 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.